

## Un TLC, ¿“la” solución?\*

Carla Mares\*\*  
Universidad de Piura

Un tratado de libre comercio (TLC) tiene muchos objetivos, todos ellos encaminados a facilitar el acceso de productos a los mercados externos. También son conocidas las ventajas que puede traer consigo. Sin embargo, nada está garantizado. Ni tan siquiera la solución de controversias: habría que evaluar si el capítulo correspondiente implementa un mecanismo realmente eficaz y equitativo para resolver los conflictos que puedan sobrevenir. No hace falta ir muy lejos ni retroceder mucho en el tiempo para encontrar motivos a este cuestionamiento; basta fijarnos en los 42 arbitrajes de inversión contra Argentina —casi todos pendientes de solución— que se han puesto en marcha tras la sonada crisis financiera 2000-2001.

La dinámica de los TLC parece haber dado todo de sí; por lo menos a la vista de los modelos de Acuerdo que actualmente existen y que vienen siendo firmados y ratificados por muchos países sin que medie, a nuestro modo de ver, un análisis y una debida ponderación sobre los términos ahí contenidos. Existe una clara contraposición de intereses en los distintos grupos afectados de los países involucrados en el TLC. Sin embargo, el debate gira en torno a la existencia o posibilidad del TLC más no a lo que disponen sus cláusulas. Los moldes están prefijados y poco o nada hay que negociar: el carácter rígido e impermeable de estos modelos —más si son acuerdos multilaterales— reducen la cuestión a la simple adhesión o no a los mismos. Pero, ¿no habría algo que decir al respecto?

Los vientos que soplan hoy en día hacen pensar que sí. Hace poco, en París, asistí a un Congreso sobre “El futuro del derecho de las inversiones en América Latina”. Resultó sumamente provechoso por la autoridad de quienes intervinieron en las mesas redondas. Los coloquios en torno a las “viejas y nuevas” cuestiones que se entretajan en torno al derecho a invertir se vieron enriquecidos por el análisis de los TLC dentro de la realidad latinoamericana actual. Los enfoques, críticas y opiniones sobre el sistema vigente provenían de personas de todo signo y variada posición. Esto equilibraba sanamente la discusión y mostraba sin ambages los distintos aspectos de una compleja realidad tras la que se ocultan importantes intereses económicos, que no pocas veces oscurecen la vista cuando se intenta poner la mirada sobre los TLC.

La inversión en América Latina resulta un tema sugerente; especialmente en Perú, por los vaivenes que ha tenido el TLC con Estados Unidos, que el Congreso

---

• Artículo publicado en el suplemento “Semana” del Diario El Tiempo, en Piura el día domingo 18 de noviembre de 2007. A propósito de las notas tomadas del IV Congreso Internacional *L’Avenir du droit des investissements en Amérique Latine*, organizado por la Association Andrés Bello des juristas franco-latino-américains, en París del 18 al 19 de octubre de 2007.

•• Abogada titulada en la Universidad de Piura. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España) y la Universidad de Bolonia (Italia). Gerente de Tax en EY Perú. Profesora del Módulo de Tributación Empresarial del Máster de Empresas de la Universidad de Piura. Profesora Ordinaria de la Universidad de Piura. Se ha desempeñado como funcionaria de Sunat en la Intendencia Nacional de Principales Contribuyentes en el Área de Recaudación y Cobranza (2001-2004).

norteamericano está próximo a ratificar. El debate de los últimos años que tuvo como escenario nuestro país volvía a sonar en mis oídos; esta vez con una nueva música de fondo.

El discurso político de los últimos Gobiernos ha sido que “todo mejorará con la vigencia de este Tratado”. El análisis económico proyectado parecía decir: “nuestra economía crecerá con el nuevo TLC”. Los argumentos esbozados echaban mano de experiencias cercanas, como la de Chile o México, que, tras haber puesto en marcha un Acuerdo económico similar, han incrementado significativamente sus exportaciones. Nos instaban a “mirar cómo están otros países gracias a un TLC”. El discurso mediático tocaba las mismas teclas y entonaba las mismas notas.

El objetivo era claro: crear una opinión pública a favor, presentando al TLC como una panacea. Cualquiera que mostrase cierto recelo o suspicacia al respecto o que tuviera alguna objeción o algo distinto que decir, podía verse —incluso a sí mismo— como un claro opositor a la economía de libre mercado o al desarrollo del país; y, exagerando un poco, podía imaginarse agitando una pancarta en contra de la OMC o enarbolando un estandarte de la “nueva República Bolivariana del Perú”. Pero, no todo es blanco o negro; la gama de grises en este tema, como en muchos otros, es amplia.

La OMC evaluó el 2006 como un año fructífero en inversiones. ¿Está vinculado este resultado con los acuerdos económicos que se han puesto en marcha en los últimos años? Decir que sí sería sumamente arriesgado. Ningún estudio ha podido determinar exactamente cuál es el impacto de esos acuerdos sobre los flujos de inversión. Si acaso, se puede afirmar que ejercen un impacto positivo, basándose en índices que revelarían cierta conexión entre ellos, como la experiencia mexicana luego del TLCAN o la de los países del MERCOSUR, a partir del Protocolo de Ouro Preto. No obstante, estos países que se muestran en los escaparates para la venta de los TLC han modificado muchas estructuras internas para alcanzar esa mejora (plan de privatizaciones, programas de compensación u otras medidas correctivas).

La inversión puede promoverse, indirectamente, a través de la protección de los inversionistas y ésta podría garantizarse con un Acuerdo económico; pero no cabe extrapolar la realidad. Acaso ¿alguien condiciona su inversión a la existencia de un TLC? Si miramos el aumento de las inversiones en Brasil, pareciera que no. Los inversionistas buscan un espacio donde la rentabilidad sea atractiva y para encontrarlo se fijan en una serie de variables económicas, en el riesgo país, en la estabilidad del marco jurídico que el país ofrece, etc. El inversor quiere éxito económico y reglas de juego claras y estables. Si un país no brinda estos mínimos de poco le sirven los TLC que haya ratificado.

Además, el sistema de acuerdos económicos presenta hoy serias deficiencias. Es tarea pendiente redefinir muchos términos que resultan obsoletos, vacíos de contenido o insuficientes. ¿Qué se entiende por “derecho a invertir”? ¿Cuándo se produce una “expropiación”? ¿Qué alcance tiene el acuerdo? La cláusula de la nación más favorecida ¿mantiene un papel de armonización? ¿Cabe exigir coherencia en las decisiones arbitrales ante casos similares? ¿Qué hay con respecto a la publicidad de tales decisiones?

La primera pregunta nos hace pensar si el derecho a invertir corresponde sólo a los inversores o si también el Estado puede alegarlo. La casuística muestra al Estado ocupando, casi siempre, la posición de demandado en los conflictos planteados. Parece que, al menos en la práctica, el TLC brinda a los inversionistas las vías adecuadas para demandar a los Estados cuando incumplan el acuerdo pactado. ¿No podría un país exigir que los inversores cumplan con los términos de la inversión, evaluando si cumplen lo prometido, fiscalizando si los resultados eran los previstos o si las zonas de inversión resultan beneficiadas o si se logran las políticas de desarrollo? Teóricamente, podríamos responder que sí. Pero esto dista mucho de la realidad.

Esto reconduce la mirada hacia el mecanismo de solución de conflictos previsto en los TLC. A la vista de muchos casos planteados, el arbitraje ha recibido serias críticas que hacen dudar, ciertamente, de su eficacia. Un talón de Aquiles, ya descubierto en el ámbito mercantil, es la falta de coherencia: los laudos son variados, heterogéneos y prolijos. Algunos atribuyen este *handicap* a los textos de los acuerdos que los árbitros deben interpretar. La nueva generación de tratados, que han implementando USA, Canadá o Japón, busca contrarrestar esto. Pero aún hay trecho que recorrer para subsanar la confusa situación generada.

Se critica, también, la parcialidad de ciertos tribunales arbitrales, al asumir la condición de juez y parte (por ejemplo, cuando el Banco Mundial tenga intereses en juego el CIADI no parece resultar idóneo para resolver disputas); y el elevado costo que supone a los Estados pobres el hacer frente a un arbitraje —las más de las veces como demandado, con lo cual pagará eventualmente los montos de la demanda—.

Éstas son algunas de las deficiencias que se han hecho notar y que sirven de valioso argumento a quienes se sitúan del otro lado de la trinchera respecto al derecho de las inversiones. El discurso de los Estados reacios a los TLC —como Brasil, Venezuela o Bolivia— resulta razonable y convincente, aun cuando no podamos suscribirlo en su integridad. La posición de Brasil es contundente: “nuestras inversiones han aumentado no habiendo ratificado ningún TLC, ¿qué necesidad tenemos de ellos?”. Sin embargo, siendo un país cuyo número de inversiones en el exterior es mayor que el número de inversiones que recibe, podría replantear su postura de rechazo hacia los TLC a fin de procurar mayor seguridad a sus inversores. Esto el tiempo lo dirá.

Junto a este balance, se debe anotar que la tendencia hacia los TLC ha ido en aumento. Las consecuencias son patentes. El sinnúmero de acuerdos de inversión vigentes en un país, que no guardan armonía o, que incluso, entran en contradicción entre sí, explica los procesos de revisión de acuerdos que estamos presenciando. Muchos Estados impulsan ya la renegociación de tratados. No hay otra solución; sería un trabajo de titanes querer desenredar la madeja que se ha ido tejiendo en las últimas décadas. Esto lo sugería un miembro de la UNCTAD al presentar una diapositiva que mostraba los TLC firmados al día de hoy: un mapamundi sobre el que gravitaban muchísimas líneas de conexión que simulaba perfectamente un plato de espagueti. Esto refleja las múltiples incidencias que podrían derivarse de tales vínculos. El panorama es, sin duda, realmente complejo.

En conclusión, nadie podría defender que un acuerdo económico es la solución para un país en vías de desarrollo. Eso debe quedar claro y se debe decir con todas sus letras. Sería ingenuo y arriesgado pedir milagros al TLC. No se puede afirmar, porque

no está demostrado, que un país haya aumentado su flujo de inversiones debido a la firma de un TLC; ni siquiera se puede decir que dicho aumento, si lo ha habido, haya tenido como causa principal un TLC. Si bien los ejemplos mostrados de Chile o México registran efectos económicos positivos tras la puesta en marcha de un TLC; éstos se deben, sobre todo, a la implementación de una serie de reformas y medidas de apertura —precedentes y concomitantes al TLC— que los han hecho posibles. Éste es el telón de fondo que precisa y exige todo desarrollo socio-económico estable; es ahí donde el Gobierno debería centrarse para que los acuerdos económicos, vigentes o futuros, sean un instrumento eficaz para el crecimiento real del país, porque el TLC no es lo único ni lo más importante.